

De stelling in deze aflevering van TvCR luidt:

‘De Hoge Raad miskent in het SGP-arrest de waarde van de politieke verenigingsvrijheid voor het functioneren van de parlementaire democratie’.

Mr. J.L.W. Broeksteeg zal deze stelling verdedigen, prof.mr. A.B. Terlouw zal de stelling bestrijden.

‘Eenvormigheid, de vloek van het moderne leven’

J.L.W. BROEKSTEEG¹

1 Het SGP-arrest

Op 9 april 2010 wees de Hoge Raad arrest in de SGP-zaak.² Daarin staat de rechtsvraag centraal of de Staat onrechtmatig handelt door niet de maatregelen te nemen die artikel 7 VN-Vrouwenverdrag van hem vergt, met betrekking tot de opvatting van de SGP ten aanzien van het passief kiesrecht van vrouwen. De uitkomst van het arrest is, dat de Staat maatregelen moet treffen tegen het niet toelaten door de SGP van vrouwen op kandidatenlijsten. De kern van het arrest wordt gevormd door rechtsoverweging 4.5, waarin de Hoge Raad stelt dat artikel 7 VN-Vrouwenverdrag in botsing komt met andere, evenzeer zwaarwegende grondrechten, zoals de vrijheden van godsdienst en van vereniging, en dat hij dient af te wege van welke van die grondrechten voorrang moet worden gegeven. De Hoge Raad geeft voorrang aan artikel 7 VN-Vrouwenverdrag. Zijn kernoverweging luidt:

Aangezien aldus het kunnen uitoefenen van het passief kiesrecht het democratisch functioneren van de staat in de kern raakt, is onaanvaardbaar dat een politieke groepering bij het samenstellen van de kandidatenlijst in strijd handelt met een grondrecht dat de kiesrechten van alle burgers waarborgt, ook al berust dit handelen op een voor die groepering in haar godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging wortelend beginsel.

De stelling heeft betrekking op deze kernzin uit het arrest. Het grondrecht op gelijke behandeling van vrouwen weegt in dit concrete geval zwaarder dan de vrijheden van godsdienst en van vereniging.

Op de redenering van de Hoge Raad is het nodige af te dingen, onder meer vanwege de door hem gehanteerde toetsingscriteria.³ In de passage voorafgaand aan de hiervoor weergegeven kernzin stelt de Hoge Raad dat vertegenwoordigende lichamen het hart van de democratie vormen en

de stelling

¹ Mr. J.L.W. Broeksteeg is universitair hoofddocent staatsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. De titel is ontleend aan een lezing van A. Kuyper in het Odéon te Amsterdam op 22 april 1869 en heeft betrekking op het slot van dit stuk, namelijk op de tolerantie voor verschil in de samenleving.

² LfN BK4549, zie ook *Gemeentestem* 2010, p. 311-328, m.nt. J.L.W. Broeksteeg; *NJ* 2010/388, m.nt. E.A. Alkema; *JB* 2010/115, m.nt. R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen; *NJCM-Bulletin* 2010, p. 485-500, m.nt. R. Nehmelman & A. Woltjer.

³ In mijn annotatie in de *Gemeentestem* (zie noot 2) geef ik meer argumenten; het gaat me hier om het bepalen van de

een waarborg zijn voor het democratische gehalte van de staat. Het actieve en passieve kiesrecht zijn, aldus de Hoge Raad, essentieel om het democratische gehalte van die organen te waarborgen. Hij oordeelt voorts dat zij elkaars noodzakelijke pendant zijn. In de hiervoor weergegeven kernzin stelt de Hoge Raad dat het democratisch functioneren van de staat in de kern is geraakt. Het is een hoogdravende en tegelijkertijd weinigzeggende terminologie.

Met dezelfde termen kan immers een tegenovergestelde redenering worden opgezet, die juridisch even steekhoudend is. Voor het democratische gehalte van de staat is vertegenwoordiging van alle in de bevolking levende opvattingen essentieel. Politieke partijen vormen daarom het hart van de democratie. De noodzakelijke pendant daarvan is de (politieke) verenigingsvrijheid, die inhoudt dat politieke partijen zichzelf kunnen organiseren. Die politieke verenigingsvrijheid, waaronder het opstellen van kandidatenlijsten moet worden gerekend, is een waarborg voor het democratisch functioneren van de staat. Beperking van die vrijheid raakt het democratisch functioneren van de staat in de kern. Met dezelfde terminologie kom je dan tot de tegenovergestelde uitkomst: aan de politieke verenigingsvrijheid moet voorrang worden gegeven boven de gelijke behandeling. Die uitkomst is overigens ook beter te verdedigen. Daarmee kom ik tot de kern van de stelling.

2 Klassieke grondrechten en positieve verplichtingen

Grondrechten, althans de klassieke, zien primair op overheidsonthouding ten aanzien van bepaalde vrijheidssferen van de burger.⁴ De overheid mag niet in deze vrije ruimte van de burger treden, althans slechts onder de voorwaarden die bij het grondrecht zijn gegeven, met andere woorden in een beperkingsclausule zijn vervat. Het gaat er dus om dat individuen, al dan niet in collectief verband, als dragers van grondrechten zelf bepalen op welke wijze zij hun rechten uitoefenen en hoe zij daarmee hun leven vormgeven.⁵ Het zijn rechten die fundamenteel zijn voor de vrijheid van de mens en die de menselijke autonomie vormgeven en handhaven.⁶ Dat klassieke grondrechten een vrijheidssfeer garanderen, wil overigens niet zeggen dat een vrijheid door een individu ook te allen tijde gerealiseerd kan worden.⁷ Hier valt een onderscheid te maken tussen de meer individueel en de meer collectief beleefde grondrechten. Tot deze laatste categorie behoren onder meer de hier relevante vrijheden van godsdienst (indien beleefd in een geloofsgemeenschap), van vereniging en van onderwijs.⁸ De vrijheid van onderwijs wil bijvoorbeeld niet zeggen dat leerlingen toegelaten moeten worden op een school van bijzonder onderwijs van de keuze van de ouders. De vrijheid van vereniging betekent niet dat

voorrang tussen de grondrechten die in geding zijn, omdat de stelling van de polemiek daarnaar verwijst.

4 A.W. Hins & A.J. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken Grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, p. 36.

5 Ibidem.

6 C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 379.

7 Ibidem, p. 399.

8 Het lijkt er overigens op dat deze collectief beleefde grondrechten maatschappelijk steeds meer onder druk komen te staan en de individueel beleefde grondrechten terrein winnen. Dat is echter moeilijk empirisch te staven. Een idee voor nader onderzoek?

een ieder lid kan worden van (bijvoorbeeld) een studentenvereniging, een zangkoor, een golfclub, de Landelijke Huisartsen Vereniging of de Reformatorische Oratoriumvereniging.⁹ Scholen en verenigingen hante- ren een eigen toelatingsbeleid en de vrijheid van onderwijs en van vereni- ging impliceert dat (vooral groepen van) individuen of maatschappelijke verbanden zelf scholen en verenigingen kunnen oprichten.¹⁰ De grenzen van het eigen toelatingsbeleid zijn eerst gelegen in de Algemene wet gelij- ke behandeling (Awgb): indien een vereniging op de door deze wet bestre- ken terreinen (volkshuisvesting, welzijn, gezondheidszorg, cultuur en on- derwijs) in het openbaar diensten aanbiedt, kan een recht op toegang tot de vereniging worden afgedwongen. De Commissie Gelijke Behandeling onderzoekt dan of een beperkte toegang tot het lidmaatschap verband houdt met het doel van de vereniging. Indien dat niet het geval is, dan is de vrijheid van vereniging niet langer in het geding en kan toetsing op grond van de Awgb plaatsvinden.¹¹

Uit de klassieke grondrechten kunnen evenwel positieve verplichtingen voortvloeien: de overheid moet handelen om de werking van een klassiek grondrecht te garanderen. Zo organiseert zij verkiezingen om het kies- recht te garanderen en zorgt zij voor politie, die de openbare orde bij een demonstratie handhaaft. Er is evenwel de nodige fundamentele kritiek op het leerstuk van de positieve verplichtingen. Het bezwaar daarvan is dat, terwijl klassieke grondrechten overheidsinterventie beogen tegen te gaan, met deze verplichtingen het tegenovergestelde kan worden bereikt.¹²

Positieve verplichtingen kunnen met andere woorden tot gevolg hebben dat de vrijheid van burgers en hun verbanden wordt ingeperkt.¹³ In extre- me mate doet zich dat voor met anti-terroriswetgeving, die de privacy van burgers ernstig beperkt, maar gezien wordt als een positieve verplich- ting, voortvloeiende uit artikel 2 EVRM (recht op leven). Een ander voor- beeld is de positieve verplichting op grond van artikel 3 EVRM (verbod van foltering), op grond waarvan de overheid een verplichting tot bescher- ming van gezinsleden in de privé-sfeer heeft. Onder meer deze verplich- ting leidde tot de mogelijkheid van verplichte tijdelijke uithuisplaatsing van plegers van huiselijk geweld, hetgeen toch ook een ernstige inbreuk is op het recht op privé-leven.¹⁴

Van Kempen spreekt (in een strafrechtelijke context) over een verzwak- king van de rechten van de mens als gevolg van de aanwending van posi- tieve verplichtingen. Ook hij roept in herinnering dat grondrechten eerst en vooral bedoeld zijn ter beperking van overheidsmacht. In hetzelfde strafrechtelijke kader concludeert hij zelfs dat niet langer positieve ver- plichtingen geformuleerd zouden moeten worden. Met betrekking tot de inzet van het strafrecht zou, zo stelt Van Kempen, in concreto de negatie- ve plicht zwaarder moeten wegen dan de positieve.¹⁵ Daarbij weegt hij

9 Alkema trekt deze lijn recht- streeks door naar politieke partij- en: juist politieke partijen kunnen voorwaarden stellen aan het lidmaatschap en daarmee aan kandidaatstelling. Zie zijn annotatie in AB 2010/388.

10 Deze redenering gaat in casu ook op: SGP-vrouwen kunnen lid worden van een andere politieke partij, zoals de ChristenUnie, of zelf een politieke partij oprich- ten, de Staatkundige Reformatorische Partij bijvoor- beeld, die aan vrouwen wel pas- sief kiesrecht toekent. Dit bete- kent overigens dat het passieve kiesrecht van vrouwen geenszins is beperkt.

11 CGB 21 december 2006, oor- deel 2006-258. Zie uitgebreider: F.C. Kollen, *De vereniging in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2007, p. 3-5 en p. 140-146.

12 Kortmann 2008, p. 401-402.

13 H.-M.Th.D. ten Napel, 'Is het aan de orde stellen van deze on- derminning van de rechtsstaat dan werkelijk ongeoorloofd?', De SGP-casus in het licht van de po- litieke grondrechten, in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht*, Alkema-bundel, Deventer: Kluwer 2009, p. 422.

14 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 657, nr. 3, p. 8.

15 P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten*, oratie Nijmegen, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 86-88.

onder meer mee dat strafrecht een ultimum remedium is en op gespannen voet staat met de mensenrechten. Het betoog van Van Kempen is weliswaar specifiek toegesneden op het strafrecht en kan niet zonder meer op andere rechtsgebieden (zoals hier het snijvlak van staats- en privaatrecht) worden toegepast. Ik besef mij bovendien dat het onderscheid tussen negatieve en positieve verplichtingen regelmatig wordt gerelativeerd. Het EHRM zou het onderscheid nauwelijks gebruiken.¹⁶ Mensenrechten zouden voorts niet enkel gelden ter bescherming van de negatieve vrijheid en niet alleen gelden ten opzichte van de staat, maar eveneens tussen burgers onderling.¹⁷ Deze argumenten nemen echter niet weg dat de notie van grondrechten primair strekt tot overheidsonthouding, dat er een principiële verschil bestaat tussen overheidsonthouding en -optreden (want waar eindigt dat ten enenmale?) en dat de positieve verplichting op grond van het ene grondrecht het andere grondrecht kan aantasten. Positieve verplichtingen kunnen logisch voortvloeien uit een grondrecht, maar zodra deze verplichtingen tot gevolg hebben dat andere grondrechten worden beperkt, zal daarmee nochtans uiterst voorzichtig moeten worden omgegaan.

Het gelijkheidsrecht neemt in de catalogus van grondrechten een bijzondere plek in en wel om twee redenen. Het recht kan in de eerste plaats niet alleen als een klassiek grondrecht, gericht op overheidsonthouding, worden beschreven. Het recht betreft immers het handelen van de overheid: zij dient een ieder gelijk te behandelen en daaruit kan volgen dat zij maatregelen neemt om eventuele ongelijke behandeling weg te nemen.¹⁸ In de tweede plaats is het de vraag hoe het gelijkheidsbeginsel is te verenigen met de klassieke vrijheidsrechten.¹⁹ Deze vrijheidsrechten verzekeren de pluriformiteit van de samenleving. Juist de vrijheden van meningsuiting, van godsdienst, van onderwijs of van vereniging bewerkstelligen dat een andere mening dan de reguliere kan worden gehoord, een nieuwe godsdienst zich kan vestigen, een zeer pluriform onderwijsaanbod kan bestaan en ter behartiging van allerlei verschillende deelbelangen voor verschillende doelgroepen verenigingen kunnen worden opgericht. Het te strikt afdwingen van het gelijkheidsbeginsel kan, zo volgt hieruit, een beperking (of: verzwakking) betekenen van deze vrijheidsrechten. Indien deze vrijheidsrechten in vergaande mate in het perspectief van het gelijkheidsbeginsel moeten worden uitgeoefend (of scherper geformuleerd: onder het juk daarvan worden gebracht), zal van de pluriformiteit die deze grondrechten trachten te verzekeren steeds minder terechtkomen.

16 R.A. Lawson, 'Positieve verplichtingen onder het EVRM, Opkomst en ondergang van de Fair Balance-test', *NJCM-Bulletin* 1995, p. 748-749.

17 R. van de Westelaken, 'Het EVRM als wapen tegen straffeloosheid, Over het recht van slachtoffers van ernstige mensenrechtenschendingen op een effectieve strafrechtelijke aanpak van de dader', *NJCM-Bulletin* 2010, p. 148-150. Bovendien betoogt Van de Westelaken, dat een plicht tot de inzet van het strafrecht niet als een positieve verplichting moet worden gezien, maar als een negatieve. Indien de staat een schending van mensenrechten onbestraft laat, schendt zij een negatieve verplichting. Plichten tot strafrechtelijk optreden moeten zijns inziens worden beschouwd als institutionele en procedurele vereisten die moeten worden nageleefd om een inbreuk op een verdragsrecht te rechtvaardigen.

18 Hins, Nieuwenhuis 2010, p.

44.

19 Kortmann 2008, p. 408.

3 Terug naar de SGP

Toegepast op de SGP-casus betekent dit het volgende. In casu gaat het om de vrijheid van vereniging. Daarbij is de staatsrechtelijke notie van belang dat de wetgever politieke partijen nooit anders heeft willen aanmerken dan als reguliere verenigingen. De wetgever ziet politieke partijen als maatschappelijke (private) verbanden en niet als publiekrechtelijke organisaties.²⁰ Samen met de vrijheden van godsdienst en van onderwijs realiseert de vrijheid van vereniging dat individuen, al dan niet groepsgevijs, hun leven kunnen inrichten naar hun diepste – in dit geval religieuze – overtuigingen. Deze vrijheden worden niet alleen individueel beleefd, maar ook in relatie met anderen, namelijk binnen een gemeenschap van levensbeschouwelijk of religieus gelijkgezinden. Zo'n gemeenschap functioneert in een staatsvrije sfeer, gewaarborgd door (onder meer) de reeds genoemde vrijheden van godsdienst, onderwijs en vereniging. Dat betekent dat heel voorzichtig omgegaan moet worden met overheidsbemoeienis op dit vlak. Het gevolg van het onderhavige arrest is echter geen vrijwaring van overheidsbemoeienis, maar een gelegitimeerd ingrijpen door de overheid in de verenigingsvrijheid van de SGP. In casu worden, met een beroep op grondrechten en een daaruit op grond van onderhavig arrest voortvloeiend handelen van de overheid, (andere) fundamentele vrijheden beperkt.

Hoewel het betoog van Van Kempen betrekking heeft op het strafrecht, is de kern van zijn betoog ook hier van belang. Het nemen van maatregelen tegen één politieke partij (bijvoorbeeld het intrekken van subsidie) is verstrekend, nu de SGP een democratisch gelegitimeerde partij is die niet verboden is, ontbonden is of strafrechtelijk is veroordeeld. Subsidie wordt pas weer toegekend, indien de vermeende discriminatie is opgeheven, met andere woorden de SGP haar interne partijorganisatie heeft aangepast. Ook kan worden gedacht aan een statutaire verplichting van (alle) politieke partijen om mannen en vrouwen gelijk te behandelen, dan wel een bepaling in de Kieswet die het politieke partijen verplicht om mannen en vrouwen op kandidatenlijsten op te nemen.²¹ Dat zijn zeer vergaande voorstellen, die indringend overheidsoptreden vergen en weinig meer van doen hebben met een terughoudende rol van de overheid ten aanzien van de verenigingsvrijheid.²²

In lijn met Van Kempen kan ook hier derhalve worden gesteld dat sprake is van een verzwakking van de in het geding zijnde vrijheidsrechten als gevolg van de aanwending van de positieve verplichting tot het nemen van maatregelen tegen de SGP. Bovendien geldt ook hier dat onduidelijk is wat de rol van de overheid precies is. Welke meer of minder vergaande maatregel moet nu exact worden genomen? Waar eindigt het optreden van de overheid ten aanzien van politieke verenigingen? Kan zij nu ook

20 Ibidem, p. 444.

21 Zie voor de (on)mogelijkheden hiervan mijn noot in de Gemeentestem, zie ook: R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen, 'De SGP, het rechterlijk bevel en het kiesrecht', in: *NJB* 2010, p. 114-117.

22 Vgl. D.J. Elzinga, 'Politieke partijen dienen een minimum aan interne partijdemocratie te bezitten: pro en contra', in: *Ars Aequi* 2008, p. 422-423; Ten Napel 2009, p. 420-421; Nehmelman en Woltjer in hun annotatie in: *NJCM-Bulletin* 2010, p. 500-501.

andere vormen van discriminatie door politieke partijen aanpakken? Moet de SGP voortaan ook katholieken het lidmaatschap en kandidaatsstelling voor vertegenwoordigende functies gunnen?

Hiervoor heb ik betoogd, dat vrijheidsrechten juist de pluriformiteit van de samenleving verzekeren. Het afdwingen van het gelijkheidsbeginsel houdt in casu een beperking in van enkele klassieke vrijheidsrechten. Een pluriforme samenleving biedt echter ruimte voor minderheden met eigen(aardige) opvattingen, die afwijken van wat een meerderheid vindt en die door grondrechten worden beschermd. Dat geldt in het bijzonder voor opvattingen die, zoals hiervoor al is opgemerkt, betrekking hebben op hetgeen individuen of groepen individuen ten diepste raken. Vrijheid is immers niet wat een (toevallige) meerderheid denkt dat zij is.

Weliswaar heeft een meerderheid van de Nederlandse bevolking een andere opvatting ten aanzien van de verhouding man-vrouw en het passieve kiesrecht van vrouwen dan de SGP-achterban, het zijn juist de grondrechten die moeten garanderen dat 'de meeste stemmen gelden' hier niet opgaat. Indien slechts 'de meeste stemmen gelden' zijn onverdraagzaamheid en fundamentalisme een reëel gevaar. Een seculiere theocratie, zonder ruimte voor religieuze (en overigens culturele) veelvormigheid ligt dan op de loer.²³

²³ Vgl. Ten Napel 2009, p. 423-424.